

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.326/19/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001012609-10
Impugnação: 40.010146199-62
Impugnante: Nexa Recursos Minerais S.A.
IE: 367219883.03-70
Proc. S. Passivo: Clarissa Iasmine Vasconcelos Santos Caetano/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso dos autos, não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário.

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA – FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA - MERCADO DE CURTO PRAZO - CCEE. Constatada a falta de recolhimento de ICMS sobre entrada de energia elétrica proveniente do Mercado de Curto Prazo, quando em posição devedora na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), contrariando as exigências do art. 53-F, § 2º, inciso I do Anexo IX do RICMS/02. **Infração caracterizada. Crédito tributário retificado pelo Fisco, após análise dos argumentos e documentos apresentados pela Impugnante. Corretas as exigências remanescentes do ICMS apurado, acrescido da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.**

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - NOTA FISCAL DE ENTRADA - ENERGIA ELÉTRICA. Constatou-se falta de emissão de notas fiscais de entrada correspondentes às operações de aquisição de energia elétrica realizadas no Mercado de Curto Prazo da CCEE. **Crédito tributário retificado pelo Fisco, após análise dos argumentos e documentos apresentados pela Impugnante. Infração caracterizada nos termos do art. 53-F, inciso II do Anexo IX do RICMS/02. Correta a exigência remanescente da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6.763/75.**

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação das seguintes irregularidades, no período de 01/01/13 a 31/07/13:

1. Falta de recolhimento do ICMS devido nas aquisições de energia elétrica nas operações relativas às liquidações com posições devedoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (Exigências: ICMS e MR).

2. Falta de emissão de notas fiscais de entrada nas operações de aquisição de energia elétrica relativas às liquidações com posições devedoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (Exigência: MI – art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6.763/75);

Exige-se o ICMS apurado, acrescido da Multa de Revalidação prevista nos art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVIII do mesmo diploma legal.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 86/129, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 197/222.

O Fisco acata parcialmente as alegações da Impugnante e retifica o crédito tributário, nos termos dos demonstrativos de fls. 225/230.

Regulamente intimada, a Autuada adita sua impugnação às fls. 237/279, gerando nova retificação do crédito tributário, nos termos dos demonstrativos de fls. 310/316, em função do acatamento parcial de seus argumentos.

Comparecendo novamente aos autos, a Impugnante promove o segundo aditamento de sua impugnação (fls. 320/358), cujos argumentos são refutados pelo Fisco às fls. 394/398.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 403/439, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito efetuada pelo Fisco às fls. 310/316.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Esclarecimentos Iniciais quanto às Operações no Âmbito da CCEE

Nas linhas que se seguem, serão prestados esclarecimentos iniciais acerca das operações que ocorrem no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), pertinentes à comercialização de energia elétrica, disponíveis no sítio institucional da CCEE na *internet* (endereço eletrônico: www.ccee.org.br).

Em 1996 foi implantado o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (Projeto RE-SEB), coordenado pelo Ministro de Minas e Energia, contando com a participação de diversos técnicos brasileiros, bem como com a participação de empresa inglesa de consultoria. Os trabalhos do Projeto RE-SEB definiram as bases conceituais que deveriam nortear o desenvolvimento do setor elétrico.

As principais conclusões do projeto foram a necessidade de implementar a desverticalização das empresas de energia elétrica, ou seja, dividi-las nos segmentos de geração, transmissão e distribuição, incentivar a competição nos segmentos de geração e de comercialização, mantendo-se sob regulação os setores de distribuição e transmissão de energia elétrica, considerados como monopólios naturais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foi também identificada a necessidade de criação de um órgão regulador, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), de um operador para o sistema elétrico nacional, o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e de um ambiente para a realização das transações de compra e venda de energia elétrica, o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE).

Por intermédio da Lei nº 9.648/98 e do Decreto nº 2.655/98 foi criado o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), ambiente virtual, sem personalidade jurídica. O MAE foi instituído pela assinatura de contrato de adesão multilateral de todos os agentes (Acordo de Mercado), como um mercado autorregulado, com a finalidade de viabilizar as transações de energia elétrica por meio de Contratos Bilaterais e do Mercado de Curto Prazo (Mercado “Spot”), entre as empresas que executam os serviços de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN).

Concluído em agosto de 1998, o Projeto RE-SEB definiu o arcabouço conceitual e institucional do modelo a ser implantado no setor elétrico brasileiro.

Durante os anos de 2003 e 2004 o Governo Federal lançou as bases de um novo modelo para o setor, sustentado pelas Leis nºs 10.847/04 e 10.848/04 e pelo Decreto nº 5.163/04.

Entre as principais mudanças institucionais implementadas nesse período, destacam-se a criação de uma instituição responsável pelo planejamento do setor elétrico em longo prazo (a Empresa de Pesquisa Energética – EPE), uma instituição com a função de avaliar permanentemente a segurança do suprimento de energia elétrica (o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE) e uma instituição para dar continuidade às atividades do MAE, relativas à comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado (a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE).

Por meio da Lei nº 10.848/04, foi autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, como sucessora do MAE, regulamentada pelo Decreto nº 5.177/04, na forma de organização civil de direito privado, sem fins lucrativos, congregando agentes das categorias de Geração, Distribuição e Comercialização de energia elétrica.

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica é responsável pelo processamento da contabilização da energia elétrica produzida e consumida no Brasil, sendo regida por um conjunto de regras comerciais, complementares e integrantes das “Regras de Comercialização”, que devem ser cumpridas por todos os agentes participantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.

Todos os contratos celebrados entre os agentes no âmbito do Sistema Interligado Nacional (SIN) devem ser registrados na CCEE.

Ressalte-se que as operações realizadas no âmbito da CCEE são contabilizadas e liquidadas de forma multilateral, ou seja, as transações são realizadas sem que haja indicação de parte e contraparte.

A legislação sobre energia elétrica é feita privativamente pela esfera federal.

Confira-se:

CF/88

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

Lei Federal nº 10.848/04

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, (...)

(...)

§ 6º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos termos da Convenção de Comercialização, a ser instituída pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, (...)

(...)

§ 9º As regras de comercialização previstas nesta Lei aplicam-se às concessionárias, permissionárias e autorizadas de geração, de distribuição e de comercialização de energia elétrica, incluindo as empresas sob controle federal, estadual ou municipal.

(...)

Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

Resolução Normativa ANEEL nº 109/04

Art. 1º Instituir, na forma do Anexo desta Resolução, a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, estabelecendo a estrutura e a forma de funcionamento da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, nos termos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da Lei no 10.848, de 15 de março de 2004, do Decreto no 5.163, de 30 de julho de 2004, e do Decreto no 5.177, de 12 de agosto de 2004.

ANEXO À RESOLUÇÃO NORMATIVA N° 109, DE 26 DE OUTUBRO DE 2004

CONVENÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

Art. 2º Esta Convenção estabelece as condições de comercialização de energia elétrica e as bases de organização, funcionamento e atribuições da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - (...)

(...)

Art. 4º A comercialização de energia elétrica entre os agentes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, bem como destes com os consumidores no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á no Ambiente de Contratação Regulado ou Ambiente de Contratação Livre e no Mercado de Curto Prazo, nos termos da legislação, desta Convenção e de atos complementares e das Regras e Procedimentos de Comercialização.

Pela legislação apresentada, verifica-se que a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) é o órgão responsável pela regularização e fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, sendo instituída pela Lei Federal nº 9.247/96.

Art. 1º É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado.

Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Destarte, o “Setor Elétrico Brasileiro” compõe-se dos seguintes agentes com seus respectivos encargos, em conformidade com o modelo implementado em 2004:

Geração

Os agentes de geração podem ser classificados em:

- “Concessionários de Serviço Público de Geração”: agente titular de serviço público federal delegado pelo Poder Concedente mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas para exploração e prestação de serviços públicos de energia elétrica, nos termos da Lei nº 8.987/95;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- “Produtores Independentes de Energia Elétrica – PIE”:

são agentes individuais ou reunidos em consórcio que recebem concessão, permissão ou autorização do Poder Concedente para produzir energia elétrica destinada à comercialização por sua conta e risco;

- “Autoprodutores – AP”:

são agentes com concessão, permissão ou autorização para produzir energia elétrica destinada a seu uso exclusivo, podendo comercializar eventual excedente de energia, desde que autorizado pela ANEEL.

A atividade de geração de energia elétrica apresenta um caráter competitivo, sendo que todos os Agentes de Geração podem vender energia tanto no Ambiente de Contratação Regulado como no Ambiente de Contratação Livre. Os geradores também possuem livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica.

Transmissão

Tais agentes são responsáveis por gerir as redes de transmissão, as quais consistem em vias de uso aberto, podendo ser utilizadas por qualquer outro agente, que pagará tarifas pelo uso do sistema de transmissão (TUST) ou de distribuição (TUSD), conforme o caso.

A construção/operação de novas linhas de transmissão é objeto de leilão, no qual os agentes oferecem o lance pelo menor custo para instalação e manutenção da linha, cooperando para a modicidade tarifária do setor. Após a construção da linha, cabe ao agente de transmissão mantê-la disponível para uso, sendo ressarcido para isto, independentemente da quantidade de energia transportada através da linha de transmissão.

Distribuição

Os agentes de distribuição realizam atividades orientadas a serviços de rede e de venda de energia aos consumidores cativos com tarifas e condições de fornecimento reguladas pela ANEEL. Com o novo modelo, os distribuidores têm participação obrigatória no Ambiente de Contratação Regulado, celebrando contratos de energia com preços resultantes de leilões.

Comercializadores

Os agentes de comercialização de energia elétrica compram energia por intermédio de Contratos Bilaterais no Ambiente Livre, podendo vender energia aos consumidores livres, no próprio Ambiente de Contratação Livre (ACL), ou aos distribuidores, por meio dos leilões do Ambiente de Contratação Regulado (ACR).

Importadores de Energia

São os agentes do setor que detêm autorização do Poder Concedente para realizar importação de energia elétrica para abastecimento do mercado nacional.

Exportadores de Energia

São os agentes do setor que detêm autorização do Poder Concedente para realizar exportação de energia elétrica para abastecimento de países vizinhos.

Consumidores Livres

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

São os consumidores que, atendendo os requisitos da legislação vigente, podem escolher seu fornecedor de energia elétrica (agentes de geração e comercializadores) por meio de livre negociação.

Consumidores Cativos

São aqueles que só podem comprar energia elétrica da concessionária/permissionária que detém a concessão do serviço de distribuição de energia elétrica para a localidade na qual se encontra instalado, ficando submetido à tarifa e condições de fornecimento estabelecidas pela ANEEL.

A comercialização de energia elétrica se dá, então, pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica de acordo com a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica (Resolução Normativa ANEEL nº 109/04). Por esta norma, observa-se que a energia elétrica será comercializada no Ambiente de Contratação Regulado, no Ambiente de Contratação Livre e no Mercado de Curto Prazo, não havendo outro modelo para operação.

Ambiente de Contratação Regulada - ACR

Participam do Ambiente de Contratação Regulado os agentes de geração, de comercialização e de distribuição de energia elétrica.

A contratação no ACR é formalizada por meio de contratos bilaterais regulados, denominados “Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR)”, celebrados entre os agentes que participam dos leilões de compra e venda de energia elétrica.

Alteração significativa havida no setor está relacionada à forma de realização de leilões de energia, que aboliu o critério de maior preço e passou a utilizar o critério de menor tarifa, colaborando para a modicidade tarifária ao consumidor cativo.

Conforme disposto no inciso I do art. 2º do Decreto nº 5.163/04, os agentes vendedores devem apresentar 100% (cem por cento) de lastro para venda de energia e potência, constituído pela garantia física proporcionada por empreendimentos de geração próprios ou de terceiros, neste caso, mediante contratos de compra de energia ou de potência.

Os agentes de distribuição e os consumidores livres também devem apresentar 100% (cem por cento) de cobertura contratual para o atendimento de seu mercado e consumo.

Por fim, este modelo retomou a obrigatoriedade de todos os agentes apresentarem 100% (cem por cento) da contratação efetuada, inclusive consumidores livres, havendo a possibilidade de aplicação de penalidades para quem não observe tal item.

Para garantir o atendimento aos seus mercados, os agentes de distribuição podem adquirir energia das seguintes formas, de acordo com o art. 13 do Decreto nº 5.163/04:

- leilões de compra de energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes e de novos empreendimentos de geração;
- geração distribuída, desde que a contratação seja precedida de chamada pública realizada pelo próprio agente de distribuição, contratação esta limitada ao montante de 10% (dez por cento) do mercado do distribuidor;
- aquisição junto a usinas que produzem energia elétrica a partir de fontes eólicas, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa, contratadas na primeira etapa do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA;
- Itaipu Binacional, no caso de agentes de distribuição cuja área de concessão esteja localizada nas regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste.

Ambiente de Contratação Livre - ACL

No Ambiente de Contratação Livre, participam agentes de geração, de comercialização, consumidores livres e importadores e exportadores de energia.

Neste ambiente há liberdade para se estabelecer acordos de compra e venda de energia e seus respectivos preços, sendo as transações pactuadas por meio de Contratos Bilaterais (Contrato de Compra de Energia no Ambiente Livre – CCEAL).

Resolução Normativa ANEEL nº 109/04

Art. 4º (...)

(...)

§ 3º A contratação de energia elétrica no ACL será formalizada mediante Contratos Bilaterais livremente pactuados, que deverão prever, entre outras disposições, montantes de energia e de potência, prazos, preços e Garantias Financeiras.

Os CCEAL são negociados livremente entre duas partes e firmados entre os agentes contratantes de acordo com condições contratuais específicas, sem a participação da ANEEL ou da CCEE, porém devem ser registrados na CCEE.

Estes registros, reitera-se, incluem apenas as partes envolvidas, os montantes de energia e o período de vigência; os montantes totais contratados são utilizados especificamente pelas partes envolvidas em suas liquidações bilaterais.

Os contratos são registrados pelos agentes vendedores e validados pelos agentes compradores, para que sejam utilizados no processo de Contabilização e Liquidação Financeira.

Cumprе salientar que as relações comerciais entre os agentes participantes da CCEE são regidas por estes contratos, sendo que a liquidação financeira destes é realizada diretamente entre as partes contratantes, por meio de condições livremente negociadas.

Os consumidores que optem por se tornarem livres, realizando a compra de energia por intermédio de contratos no ACL, devem ser agentes da CCEE e estão sujeitos ao pagamento de todos os encargos, taxas e contribuições setoriais previstas na legislação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme descrito no § 2º do art. 49 do Decreto nº 5.163/04, esses consumidores podem manter parte da aquisição de sua energia de forma regulada junto à concessionária de distribuição, constituindo assim um consumidor parcialmente livre.

Caso o consumidor livre queira retornar à condição de cativo, deve informar essa decisão à Concessionária de distribuição local, com um prazo mínimo de cinco anos, sendo que esse prazo pode ser reduzido mediante acordo entre as partes.

As empresas geradoras, distribuidoras, comercializadoras e consumidoras de energia elétrica registram na CCEE os montantes de energia contratada, assim como os dados de medição, para que desta forma seja determinado quais as diferenças entre o que foi produzido ou consumido e o que foi contratado.

Da mesma forma, os valores de medições verificadas de geração e consumo de energia são registrados na CCEE pelos agentes ou coletados diretamente por meio do Sistema de Coleta de Dados de Energia (SCDE).

Considerando-se os contratos e os dados de medição registrados, a CCEE contabiliza as diferenças entre o que foi produzido ou consumido e o que foi contratado; as diferenças positivas ou negativas são liquidadas ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD), determinado semanalmente para cada patamar de carga e para cada submercado, tendo como base o Custo Marginal de Operação do sistema, limitado por um preço mínimo e por um preço máximo.

Com base nessas duas informações (montantes contratados e montantes medidos), é realizada a contabilização e são calculados os montantes negociados no Mercado de Curto Prazo (MCP) ou Mercado Spot.

Dessa forma, pode-se dizer que o Mercado de Curto Prazo é o mercado das diferenças.

No referido mercado, as relações são multilaterais, ou seja, todos os agentes compradores adquirem energia elétrica do conjunto dos vendedores, sem que haja uma relação direta entre comprador e vendedor. O Mercado de Curto Prazo assume posição de comprador e vendedor das sobras de energia dos agentes participantes.

Assim, no Mercado de Curto Prazo são realizadas operações envolvendo os montantes de energia elétrica que não são objeto de contratos bilaterais, são as sobras de energia destes contratos.

Como foi dito, os contratos firmados bilateralmente entre os agentes são liquidados diretamente entre as partes envolvidas. Cabe a CCEE promover a liquidação das diferenças apuradas entre toda a energia efetivamente contratada e toda a energia efetivamente verificada (consumida ou gerada) por meio do Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits (MCS D).

A contabilização é efetuada mensalmente conforme prazos e condições estabelecidas em Procedimentos de Comercialização definidos na Resolução Normativa ANEEL nº 109/04. Ao término da contabilização, são identificadas as posições de cada Agente (devedor ou credor) no Mercado de Curto Prazo resultando na Pré-Fatura.

A Pré-Fatura é elaborada sob o ponto de vista da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Os valores negativos indicam consumo de energia do agente (situação devedora) e o agente deve pagar a CCEE. Os valores positivos (posição credora) indicam venda de energia e a CCEE deve pagar ao agente.

Em seguida, ocorre o Processo de Liquidação Financeira no qual são efetuados os pagamentos e recebimentos dos débitos e créditos referentes à compra e venda de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo. O valor do crédito/débito a ser atribuído pela CCEE a um determinado agente e a um período de apuração sofre os ajustes previstos pelas Regras do Mercado.

Os ajustes previstos pelas Regras de Mercado, homologadas pela ANEEL, são condições impostas aos agentes para a realização de operações de compra e venda de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo. Assim, tais ajustes não correspondem a novas operações de compra e venda de energia elétrica.

Todas as regras de comercialização utilizadas nas operações no âmbito da CCEE são disponibilizadas aos Agentes e ao público em geral por meio do sítio institucional da CCEE.

Em resumo, é esse o funcionamento do mercado de energia elétrica.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se à análise das preliminares e do mérito do presente lançamento.

Das Preliminares

Da Arguição de Nulidade do Lançamento – “Desconhecimento da Fiscalização a Respeito do Funcionamento do Mercado de Curto Prazo de Energia Elétrica”

A Impugnante relata, inicialmente, que *“o Mercado de Curto Prazo de energia elétrica, administrado pela CCEE, tem particularidades que exigem que o fiscal responsável pela lavratura do auto de infração ou seu superior direto tenham conhecimento a respeito do funcionamento do referido mercado, como as informações sobre contabilização e liquidação que são fornecidas pela CCEE, quais são as obrigações acessórias a serem cumpridas e quando devem ser apresentadas”*.

Após tecer comentários sobre o funcionamento do referido mercado, a Impugnante destaca que *“há meses que por força de decisões judiciais sequer há liquidação no Mercado de Curto Prazo de energia elétrica, como, por exemplo, em fevereiro e março de 2013, que vieram a ser contabilizadas somente em abril de 2013, quando a CCEE reuniu os dados para encaminhar para o Banco Bradesco fazer a liquidação da situação dos agentes”*, conforme comunicado da CCEE por ela reproduzido à fl. 90.

Afirma que, *“em que pese o fato da CCEE não ter apresentado a contabilização aos agentes de mercado (como a Impugnante) em fevereiro e março de 2013, a fiscalização conseguiu efetuar o lançamento do ICMS nestes dois meses”*, conforme quadro abaixo:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECEITA	REFERÊNCIA	VENCIMENTO	VALOR
3228 ICMS	01/02/2013 a 28/02/2013	30/04/2013	R\$ 122.233,80
5223 MULTA REV.	01/02/2013 a 28/02/2013	30/04/2013	R\$ 61.116,90
3228 ICMS	01/03/2013 a 31/03/2013	31/05/2013	R\$ 133.552,05
5223 MULTA REV.	01/03/2013 a 31/03/2013	31/05/2013	R\$ 66.776,03

Aduz que, “apesar de não ter ocorrido contabilização em fevereiro de 2013, a fiscalização da SEFAZ/MG apurou que a base de cálculo seria de R\$ 679.076,68 com base no relatório da CCEE. Ocorre que se neste mês não houve a contabilização e além disso a contabilização de fevereiro de 2013 foi considerada na apuração de abril de 2013, de modo que tem-se que a fiscalização estadual sequer tinha conhecimento hábil para apurar a sistemática de contabilização da CCEE, **o que é suficiente para anular o lançamento de ofício ora impugnado**, visto que fundado em presunção fiscal e, além, disso, em total descompasso com o ambiente regulatório das cessões de energia elétrica no mercado de curto prazo”.

Acrescenta que, “posteriormente, a CCEE teve que suspender a contabilização da competência de abril de 2013 por força de uma série de decisões judiciais (doc. 06), o que fez com que sua contabilização ocorresse em maio de 2013 e a liquidação somente em junho de 2013, como consta do comunicado nº 246/2013 na internet”.

“CO - Ajustes relativos às ações judiciais do relatório SUM001 Sumário – abr/13

05/06/2013 - 18:11

Informamos que oito decisões judiciais – detalhadas abaixo - resultaram em ajustes na contabilização dos resultados das operações relativas ao Mercado de Curto Prazo - MCP referentes ao mês de abril de 2013 (contabilização efetuada em maio de 2013 e liquidação financeira realizada em junho de 2013). Os ajustes estão indicados no relatório SUM001 Sumário.

Além desses ajustes, outros foram efetuados pela CCEE na contabilização de abril de 2013, os quais têm natureza bilateral e constam somente dos relatórios dos respectivos agentes impactados.”

Conclui que, “desta forma, a contabilização da CCEE de maio de 2013 carrega como um de seus elementos a contabilização do resultado de abril de 2013, mas a fiscalização não leva tal fato em consideração e apura um suposto débito de R\$ 357.330,45. Ora, considerando que a fiscalização desconheceu que a contabilização do resultado de abril de 2013 afetou a apuração de maio de 2013, talvez por desconhecimento da sistemática de funcionamento da contabilização e liquidação do Mercado de Curto Prazo de energia elétrica, **tem de ser anulado o lançamento de ofício ora impugnado**, em razão da fiscalização desconhecer o funcionamento do referido mercado, ocasionando erros insanáveis que serão demonstrados adiante na apuração da base de cálculo do ICMS, caso este fosse realmente devido”.

No entanto, ao contrário das alegações da Impugnante, **inexiste qualquer vício no presente lançamento** que possa acarretar a sua nulidade.

Nesse sentido, há que se destacar, inicialmente, que o Auto de Infração em apreço foi lavrado com a observância de todos os requisitos formais previstos no Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, contendo, especialmente, a descrição clara e precisa do fato que motivou a sua emissão e das circunstâncias em que foi praticado e a correta indicação dos dispositivos legais tidos por infringidos e daqueles referentes às penalidades cominadas.

Verifica-se, especialmente, que o feito fiscal foi elaborado nos estritos termos legais estabelecidos no art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02 c/c Instrução Normativa SUTRI nº 03/09 (IN nº 03/09).

Por outro lado, nos termos estabelecidos no art. 145, inciso I do Código Tributário Nacional – CTN (ou art. 145, inciso III c/c art. 149 do CTN, conforme o caso), o lançamento pode ser revisado, para que sejam efetuadas as devidas retificações quanto a eventuais erros cometidos na apuração do imposto e de seus acréscimos legais.

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

Cumprindo o seu dever legal, o Fisco retificou o crédito tributário, nos termos dos demonstrativos acostados às fls. 225/230, sanando todos os erros de apuração das posições devedoras da Impugnante, nos meses de referência por ela citados, nos termos estabelecidos no art. 53-F, § 1º do Anexo IX do RICMS/02, isto é, nesses meses o Fisco excluiu todas as parcelas referentes a liquidações de meses anteriores.

Efeitos de 1º/04/2008 a 31/08/2018

Art. 53-F. Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e “Déficits” (MCSD) do Ambiente de Comercialização Regulado, o agente de mercado emitirá nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, relativamente às diferenças apuradas:

[...]

§ 1º Para determinação da posição credora ou devedora, **excluem-se as parcelas** sobre as quais não incide o imposto e as **que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores**. (Destacou-se)

Por oportuno, transcreve-se abaixo o trecho da manifestação fiscal em que o Fisco se pronuncia sobre o acatamento dos argumentos da Impugnante, *in verbis*:

Manifestação Fiscal (fls. 197/222)

“... A Impugnante informa que em alguns meses pode não haver liquidação no Mercado de Curto Prazo, decorrente de atrasos causados no calendário da CCEE.

Esclarece ainda que a CCEE suspendeu a contabilização de abril de 2013, o que teria impactado a contabilização do mês de maio e que, por isso, deveriam ser excluídas as cobranças de ICMS nos meses de fevereiro e maio de 2013.

Pois bem, da análise dos relatórios SUM001 enviados pelo contribuinte em resposta à intimação do Fisco (fls. 32 a 71), percebe-se que no relatório referente a março de 2013 (fl. 44) consta, como ajuste, o resultado da Contabilização de fevereiro de 2013. Desta forma, **no mês de março de 2013**, além da exclusão do perfil de geração, **excluimos também o ajuste referente à contabilização de fevereiro de 2013**.

De igual forma, no relatório SUM001 referente ao mês de junho de 2013, consta, como ajuste, o Resultado Financeiro de maio de 2013. **Procedemos à exclusão deste valor e à retificação do Anexo 1 ao Auto de Infração**, considerando o disposto no parágrafo único do artigo 1º da Instrução Normativa Sutri 03/09.”

(Destacou-se)

Na oportunidade, o Fisco excluiu também, em todos meses objeto da autuação, as parcelas relativas à “Compensação do MRE”¹, uma vez que essas parcelas estavam sendo indevidamente adicionadas ao “Total Mensal do Resultado no Mercado de Curto Prazo” (fls. 13/16 e 225/228).

Deve ser rejeitada, portanto, a prefacial arguida pela Impugnante.

Da Arguição de Nulidade do Lançamento – Majoração da Cobrança de ICMS nas Competências de Janeiro e Fevereiro de 2013

Após ser regularmente cientificada da retificação do crédito tributário, a Impugnante aditou sua defesa, argumentando que *“apesar da cobrança total, em valores históricos, ter sido reduzida, fato é que a fiscalização majorou a cobrança do ICMS nas competências de janeiro e fevereiro de 2013, o que evidencia a nulidade do lançamento de ofício”*.

¹ MRE - Mecanismo de Realocação de Energia: mecanismo financeiro que visa o compartilhamento dos riscos hidrológicos que afetam os agentes de geração, buscando garantir a otimização dos recursos hidrelétricos do Sistema Interligado Nacional – SIN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL (FL. 24)

MÊS DA CONTABILIZAÇÃO	MÊS DA LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA	ICMS DEVIDO	MR - ICMS DEVIDO	MI - 10% VR. OPERAÇÃO	TOTAL GERAL
jan-13	mar-13	851.881,77	425.940,88	473.267,65	1.751.090,29
fev-13	abr-13	122.233,80	61.116,90	67.907,67	251.258,37
mar-13	mai-13	133.552,05	66.776,02	74.195,58	274.523,65
abr-13	jun-13	66.531,08	33.265,54	36.961,71	136.758,33
mai-13	jul-13	64.319,48	32.159,74	35.733,05	132.212,27
jun-13	ago-13	139.825,04	69.912,52	77.680,58	287.418,13
jul-13	set-13	49.060,48	24.530,24	27.255,82	100.846,54
		1.427.403,70	713.701,85	793.002,05	2.934.107,60

CRÉDITO TRIBUTÁRIO RETIFICADO - PRIMEIRA RETIFICAÇÃO (FL. 230)

MÊS DA CONTABILIZAÇÃO	MÊS DA LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA	ICMS DEVIDO	MR - ICMS DEVIDO	MI - 10% VR. OPERAÇÃO	TOTAL GERAL
jan-13	mar-13	870.362,21	435.181,11	483.534,56	1.789.077,88
fev-13	abr-13	137.007,09	68.503,54	76.115,05	281.625,68
mar-13	mai-13	6.600,28	3.300,14	3.666,82	13.567,25
abr-13	jun-13	46.251,46	23.125,73	25.695,25	95.072,44
mai-13	jul-13	56.575,40	28.287,70	31.430,78	116.293,88
jun-13	ago-13	86.944,94	43.472,47	48.302,75	178.720,16
jul-13	set-13	39.018,77	19.509,39	21.677,10	80.205,25
		1.242.760,16	621.380,08	690.422,31	2.554.562,55

Acrescentou que, de forma semelhante, também houve a majoração da cobrança da multa isolada nas competências de janeiro e fevereiro de 2013.

Por fim, destacou que, *“ainda que a majoração da cobrança do ICMS nas competências de janeiro e fevereiro de 2013 possam ser resultado do acolhimento parcial da preliminar de nulidade apresentada com a primeira impugnação, quando foi demonstrada a suspensão da liquidação financeira no Mercado de Curto Prazo pela CCEE, e que também resultou na redução da cobrança do ICMS nas competências subsequentes, o fato é que essa majoração não observou o prazo decadencial, também exposto como preliminar na primeira defesa apresentada pelo contribuinte”*.

No entanto, como já afirmado no item anterior, **inexiste qualquer vício no presente lançamento** que possa acarretar a sua nulidade, uma vez que o Auto de Infração em apreço foi lavrado com a observância de todos os requisitos formais previstos no Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, contendo, especialmente, a descrição clara e precisa do fato que motivou a sua emissão e das circunstâncias em que foi praticado e a correta indicação dos dispositivos legais tidos por infringidos e daqueles referentes às penalidades cominadas.

Por outro lado, conforme já salientado, nos termos estabelecidos no art. 145, inciso I do Código Tributário Nacional – CTN, o lançamento pode ser revisado para que sejam efetuadas as devidas retificações quanto a eventuais erros cometidos na apuração do imposto e de seus acréscimos legais.

Cumprindo o seu dever legal, o Fisco retificou o crédito tributário, nos termos dos demonstrativos acostados às fls. 502/517 (primeira retificação), sanando algumas incorreções suscitadas pela Impugnante.

Além disso, **como bem ressalta a própria Impugnante**, o crédito tributário global, **uno e indivisível, não sofreu majoração**, e sim redução na primeira retificação promovida pelo Fisco, o que pode ser verificado mediante simples confronto dos totais indicados às fls. 47 e 517, referentes à apuração originalmente feita e à primeira retificação promovida pelo Fisco, respectivamente.

Alterações de valores exigidos em determinados períodos, em função de correções de eventuais erros no levantamento fiscal, especialmente por acatamento de questões e valores impugnados, **não** acarretam a nulidade da peça fiscal, pois é dever do Fisco sanar qualquer erro existente no lançamento no decorrer da tramitação processual.

De toda forma, o Fisco promoveu uma segunda retificação do crédito, resultando em nova redução do crédito tributário, pelos seguintes motivos:

- acatando razões de mérito da Impugnante, o Fisco excluiu em todos os meses objeto da autuação, com fulcro no parágrafo único do art. 1º da IN nº 03/09, as parcelas vinculadas ao perfil “**VMZ 10**”, por constatar que se tratava de perfil de geração do agente, pois, para apuração das posições devedoras ou credoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE, devem ser consideradas apenas as parcelas relativas ao perfil de consumo do mesmo;

Art. 1º Para determinação da posição devedora ou credora do agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), nas liquidações no Mercado de Curto Prazo, deverá ser observado somente o perfil de consumo do mesmo.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput, deverão ser excluídas do valor total da Nota de Liquidação as parcelas que não representam remuneração pela energia elétrica, tais como os valores cobrados a título de multa pelo pagamento em atraso da própria liquidação financeira, juros bancários ou outras parcelas decorrentes de cláusulas legais, também resultantes do atraso na liquidação da operação, e **todas as parcelas relativas ao perfil de geração do agente.**

(Destacou-se)

- com relação ao mês de janeiro de 2013, com a nova retificação promovida, os valores remanescentes exigidos são inferiores tanto em comparação com os valores originalmente formalizados, quanto em relação à primeira retificação;

- para o mês de fevereiro de 2013, como a Impugnante havia sido cientificada sobre a primeira retificação apenas em 03/01/19, **o Fisco achou por bem acatar o argumento da defesa**, contrário à majoração das exigências no referido mês. Assim, para o mês em questão, o Fisco alterou os valores exigidos, de modo que fossem exatamente iguais àqueles originalmente apurados;

- de forma similar, para os meses de março, abril, maio e julho de 2013 o Fisco manteve os valores apurados na primeira retificação, pois esses valores sofreriam majoração caso fossem adotadas as novas posições financeiras da Impugnante na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CCEE, decorrentes dos recálculos oriundos da exclusão das parcelas vinculadas ao perfil “VMZ10”.

É o que se depreende da manifestação fiscal acostada às fls. 300/309, bem como do demonstrativo da segunda retificação do crédito tributário (fls. 310/316), *in verbis*:

Manifestação Fiscal (fls. 300/309)

“... Já quanto ao entendimento de que devem ser excluídas **as parcelas que dizem respeito ao perfil de geração VMZ 10, correta a Impugnante.**

Desta forma, o crédito tributário foi reformulado para exclusão destas parcelas em todos os meses autuados, conforme determina a Instrução Normativa 03/09 (Anexo 1 do Auto de Infração).

Nos meses de janeiro e junho de 2013, o crédito tributário foi alterado considerando o novo valor após a exclusão do perfil VMZ10. **Em fevereiro de 2013, foi mantido o valor originalmente cobrado, tendo em vista que o autuado foi notificado da retificação apenas em 03/01/2019.** Em março, abril, maio e julho de 2013, os valores foram mantidos já que houve majoração do crédito após a reformulação.”

(Destacou-se)

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL (FL. 24)

MÊS DA CONTABILIZAÇÃO	MÊS DA LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA	ICMS DEVIDO	MR - ICMS DEVIDO	MI - 10% VR. OPERAÇÃO	TOTAL GERAL
jan-13	mar-13	851.881,77	425.940,88	473.267,65	1.751.090,29
fev-13	abr-13	122.233,80	61.116,90	67.907,67	251.258,37
mar-13	mai-13	133.552,05	66.776,02	74.195,58	274.523,65
abr-13	jun-13	66.531,08	33.265,54	36.961,71	136.758,33
mai-13	jul-13	64.319,48	32.159,74	35.733,05	132.212,27
jun-13	ago-13	139.825,04	69.912,52	77.680,58	287.418,13
jul-13	set-13	49.060,48	24.530,24	27.255,82	100.846,54
		1.427.403,70	713.701,85	793.002,05	2.934.107,60

CRÉDITO TRIBUTÁRIO RETIFICADO - PRIMEIRA RETIFICAÇÃO (FL. 230)

MÊS DA CONTABILIZAÇÃO	MÊS DA LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA	ICMS DEVIDO	MR - ICMS DEVIDO	MI - 10% VR. OPERAÇÃO	TOTAL GERAL
jan-13	mar-13	870.362,21	435.181,11	483.534,56	1.789.077,88
fev-13	abr-13	137.007,09	68.503,54	76.115,05	281.625,68
mar-13	mai-13	6.600,28	3.300,14	3.666,82	13.567,25
abr-13	jun-13	46.251,46	23.125,73	25.695,25	95.072,44
mai-13	jul-13	56.575,40	28.287,70	31.430,78	116.293,88
jun-13	ago-13	86.944,94	43.472,47	48.302,75	178.720,16
jul-13	set-13	39.018,77	19.509,39	21.677,10	80.205,25
		1.242.760,16	621.380,08	690.422,31	2.554.562,55

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CRÉDITO TRIBUTÁRIO RETIFICADOS - SEGUNDA RETIFICAÇÃO - FL. 315

MÊS DA CONTABILIZAÇÃO	MÊS DA LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA	ICMS DEVIDO	MR - ICMS DEVIDO	MI - 10% VR. OPERAÇÃO	TOTAL GERAL
jan-13	mar-13	475.496,97	237.748,49	264.164,99	977.410,45
fev-13	abr-13	122.233,80	61.116,90	67.907,67	251.258,37
mar-13	mai-13	6.600,28	3.300,14	3.666,82	13.567,25
abr-13	jun-13	46.251,46	23.125,73	25.695,25	95.072,44
mai-13	jul-13	56.575,40	28.287,70	31.430,78	116.293,88
jun-13	ago-13	80.612,50	40.306,25	44.784,72	165.703,48
jul-13	set-13	39.018,77	19.509,39	21.677,10	80.205,25
		826.789,19	413.394,60	459.327,33	1.699.511,12

Ainda que tivesse ocorrido alguma majoração do crédito tributário como um todo, a única providência prevista na legislação seria a reabertura do prazo original de 30 (trinta) dias para aditamento ou apresentação de nova impugnação, bem como para pagamento/parcelamento do crédito tributário, com reduções legalmente cabíveis, nos termos estabelecidos no art. 120, § 1º do RPTA.

Art. 120. Recebida e autuada a impugnação com os documentos que a instruem, a repartição fazendária competente providenciará, conforme o caso:

[...]

§ 1º Caso o lançamento seja reformulado e resulte em **aumento do valor do crédito tributário**, inclusão de nova fundamentação legal ou material ou alteração da sujeição passiva, será aberto ao sujeito passivo o prazo de trinta dias para impugnação, aditamento da impugnação ou pagamento do crédito tributário com os mesmos percentuais de redução de multas aplicáveis nos 30 (trinta) dias após o recebimento do Auto de Infração. (Destacou-se)

(Destacou-se)

Não há que se falar, portanto, em nulidade do lançamento, mesmo porque, após a segunda retificação do crédito tributário, inexistem as alegadas majorações suscitadas pela Impugnante, a qual **não** mais arguiu essa prefacial no segundo aditamento de sua impugnação.

Das Questões de Cunho Constitucional

As questões de cunho constitucional suscitadas pela Impugnante (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, “a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda”.

Ressalte-se, no entanto, que as penalidades aplicadas atendem ao princípio da reserva legal, uma vez que expressamente previstas na Lei nº 6.763/75.

Do Mérito

Da Arguição de Decadência Parcial do Crédito Tributário – Janeiro a Julho de 2013

A Impugnante argui a decadência do crédito tributário, relativo ao período de janeiro a julho de 2013, baseando-se na regra contida no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).

No entanto, este E. Conselho tem decidido reiteradamente que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, donde o prazo de 5 anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2013, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/14, findando-se somente em 31/12/18.

Considerando-se que o Auto de Infração foi lavrado em 21/06/18 e que o Sujeito Passivo foi regularmente intimado em 18/07/18 (fl. 84), verifica-se, inequivocamente, a não ocorrência de decadência do direito do Fisco de promover o lançamento em apreço.

O § 4º do art. 150 do CTN disciplina o prazo para homologação do lançamento, ou seja, o prazo para a Fazenda Pública homologar o procedimento efetuado pelo Sujeito Passivo, que consiste em **antecipar o pagamento, sem prévio exame da Autoridade Administrativa**, sendo que a referida Autoridade, tomando conhecimento deste procedimento efetuado pelo Contribuinte, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

No presente caso, não houve pagamento integral do ICMS devido, em função da irregularidade apurada pelo Fisco (entrada de energia elétrica desacoberta de documentação fiscal).

Inexistindo o pagamento, não há que se falar em homologação do lançamento e sim em **exigência de ofício** do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do CTN, que foi fielmente cumprido, conforme demonstrado acima.

Deve ser rejeitada, portanto, a arguição de decadência do crédito tributário relativo ao período de janeiro a julho de 2013.

Da Arguição de Decadência do Direito de Majorar o Crédito Tributário²

A Impugnante afirma que, após a primeira retificação do crédito tributário, *“houve a majoração do débito de ICMS das competências de janeiro e fevereiro de 2013, assim como a majoração das multas revisional e isolada”*.

Acrescenta que, *“ainda que se entenda que o prazo para constituição do crédito tributário relativo ao exercício de 2013 ocorreu em 1º de janeiro de 2014 e não quando do vencimento do ICMS de cada competência mensal, evidentemente que as*

² Tópico anterior à segunda retificação do crédito tributário (fls. 246/247).

diferenças lançadas com a revisão do lançamento de ofício estão prescritas até mesmo se utilizado o critério da fiscalização para contagem do prazo prescricional”.

Salienta que, considerando que “*só foi notificada da constituição da diferença do crédito tributário de janeiro e fevereiro de 2013 em 03.01.2019, evidentemente que tais diferenças foram atingidas pela decadência, eis que o contribuinte ou seu representante legal deveria ter sido notificado até 01.01.2019*”.

No entanto, conforme afirmado no item anterior, **inexiste a alegada decadência** do crédito tributário, relativo aos períodos questionados.

Esclareça-se que retificações do crédito tributário, em função de correções de eventuais erros no levantamento fiscal, especialmente por acatamento de questões e valores impugnados, **não** transformam o lançamento original em um novo lançamento.

O lançamento continua a ser o mesmo, assim entendido o “*procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível*”, nos termos da definição estabelecida no art. 142 do CTN, porém com retificação do *quantum debeatur*.

Assim, o fato de a Impugnante ter sido cientificada sobre a primeira retificação do crédito tributário em 03/01/19 **não** tem qualquer repercussão sobre a questão do prazo decadencial, pois, para esse prazo, deve ser levando em consideração apenas a **data da formalização definitiva do crédito tributário original**, que se dá na data da notificação do contribuinte do respectivo Auto de Infração.

Reitere-se, nesse sentido, que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2013, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/14, findando-se somente em 31/12/18, nos termos previstos no art. 173, inciso I do CTN.

Considerando-se que o Auto de Infração foi lavrado em 21/06/18 e que o Sujeito Passivo foi regularmente intimado em 18/07/18 (fl. 84), verifica-se, inequivocamente, a não ocorrência de decadência do direito do Fisco de promover o lançamento em apreço.

Além disso, a arguição suscitada pela Impugnante restou prejudicada, por perda do objeto, pois, como já ressaltado, após a segunda retificação do crédito tributário, inexistem as alegadas majorações das exigências fiscais inerentes aos períodos questionados.

Deve ser rejeitada, portanto, a arguição de decadência do crédito tributário relativo ao período de janeiro e fevereiro de 2013.

Das Irregularidades Apuradas

Conforme relatado, versa a presente autuação sobre a constatação das seguintes irregularidades, no período de 01/01/13 a 31/07/13:

1. Falta de recolhimento do ICMS devido nas aquisições de energia elétrica nas operações relativas às liquidações com posições devedoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (Exigências: ICMS e MR).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2. Falta de emissão de notas fiscais de entrada nas operações de aquisição de energia elétrica relativas às liquidações com posições devedoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE (Exigência: MI – art. 55, inciso XXVIII da Lei nº 6.763/75);

As exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido da Multa de Revalidação prevista nos art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVIII do mesmo diploma legal, nos termos do demonstrativo acostado à fl. 315, elaborado após a última retificação do crédito tributário.

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

[...]

XXVIII - por deixar de emitir nota fiscal referente a entrada de mercadoria, no prazo e nas hipóteses previstos na legislação tributária - 10% (dez por cento) do valor da operação.

As posições devedoras mensais, relativas ao exercício de 2013, estão indicadas no Anexo 4 do Auto de Infração (fl. 314), cujos dados foram extraídos das Pré-Faturas disponibilizadas à SEF/MG pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE (Anexo 1 – fls. 310/313)³.

A Pré-Fatura traz o detalhamento dos débitos e créditos do agente nas operações com energia elétrica junto à CCEE. Valores positivos representam créditos, enquanto os valores negativos identificam os débitos do agente em relação às suas operações no Mercado de Curto Prazo (MCP) da CCEE.

A posição final do agente no mês de referência (credora ou devedora – **posição financeira**), oriunda do confronto entre o total de débitos e créditos, é informada na coluna “Valor a Liquidar pelo Perfil de Agente” (fls. 310/313). Um resultado negativo nessa coluna indica uma posição devedora, enquanto um valor positivo equivale a uma posição credora.

Esclareça-se que a apuração da posição credora ou devedora no âmbito da CCEE **não se restringe à verificação se a empresa consumiu mais ou menos energia do que contratou (critério físico)**, pois há outros encargos e ajustes que oneram as operações com energia elétrica (parcelas que representam remuneração pela energia elétrica), que são inseridos na liquidação (Pré-Fatura), influenciando na posição final (**posição financeira**) credora ou devedora do agente no âmbito da CCEE.

Conforme informação contida no sítio eletrônico da própria CCEE⁴ “a contabilização envolve o cálculo da diferença entre a energia medida e a contratada por agente, valorada ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD) para efeito de liquidação financeira na CCEE. Esta etapa é realizada com base nas Regras de

³ Anexos 1 e 4 referentes à última retificação do crédito tributário.

⁴ Disponível em:

http://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/contabilizacao?_afLoop=2311507216181645#%40%3F_afLoop%3D2311507216181645%26_adf.ctrl-state%3D5z8btgcmu_45

Comercialização, levando em conta as exposições no mercado de curto prazo, o recebimento/pagamento de **Encargos de Serviço de Sistema (ESS)**, o Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) e a consolidação dos resultados financeiros a serem liquidados, incluindo eventuais ajustes financeiros.”

Os Encargos de Serviços de Sistema (ESS) são assim definidos pela CCEE⁵ e pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL:

“Os custos decorrentes da manutenção da confiabilidade e da estabilidade do sistema no atendimento à demanda por energia no Sistema Interligado Nacional (SIN) são denominados Encargos de Serviço do Sistema (ESS). **Estes valores são pagos por todos agentes com medição de consumo registrada na CCEE, na proporção de seu consumo.**”

Encargos de Serviços de Sistema (ESS)

Os ESS são expressos em R\$/MWh e são pagos apenas aos agentes geradores térmicos que atendem a solicitação de despacho do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) para realizar geração fora da ordem de mérito de custo.

Atualmente existem três tipos de encargos classificados pelo ONS conforme sua finalidade.

1. Encargo por Restrição Elétrica: ocorre quando há alguma restrição operativa que afeta o atendimento da demanda em um submercado ou a estabilidade do sistema. Essas restrições operativas acarretam duas situações possíveis:

- Constrained-on: a usina térmica não está programada, pois sua geração é mais cara. Entretanto, devido a restrições operativas, o ONS solicita sua geração para atender a demanda de energia do submercado. Neste caso, o ESS é usado para ressarcir a geração adicional da usina.

- Constrained-off: a usina térmica está despachada. Entretanto, devido a restrições operativas, o ONS solicita a redução de sua geração. Neste caso, o ESS é usado para ressarcir o montante de energia não gerado pela usina.

2. Encargo por Segurança Energética: ocorre quando o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE) determina ao ONS que solicite a geração de usinas térmicas com vistas a garantir a segurança do suprimento energético nacional.

⁵ Disponível em: http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/como_ccee_atua/ess_contab?_afLoop=2312662791736455%40%3F_afLoop%3D2312662791736455%26_adf.ctrl-state%3D5z8btgcmu_66

3. Encargo por Ultrapassagem da Curva de Aversão ao Risco (CAR): É utilizado para ressarcir a geração de usinas termelétricas despachadas para garantir o suprimento energético quando o nível dos reservatórios está próximo a ultrapassar a CAR.

Além desses ESS pagos exclusivamente aos agentes geradores térmicos, existe também o Encargo por Serviços Ancilares, destinados a garantir a qualidade e a segurança da energia gerada no SIN.” (Grifou-se)

“A tarifa fixada pela ANEEL para as concessionárias de distribuição, através dos mecanismos de atualização (reajustes anuais e revisões periódicas), contempla as seguintes parcelas que integram a sua conta de luz: Energia, Transmissão, Distribuição, **Encargos Setoriais** e Tributos.

Os Encargos Setoriais, abaixo descritos, fazem parte das políticas de Governo para o Setor Elétrico e são todos definidos em Lei. Seus valores são estabelecidos por Resoluções ou Despachos da ANEEL, para efeito de recolhimento pelas concessionárias dos montantes cobrados dos consumidores por meio das tarifas de fornecimento de energia elétrica...

...

Encargo de Serviços do Sistema (ESS)

Previsto no Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, representa um encargo destinado à cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive os serviços ancilares, prestados aos usuários do Sistema Interligado Nacional - SIN, que compreenderão, dentre outros: I - custos decorrentes da geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão dentro de cada submercado; II - a reserva de potência operativa, em MW, disponibilizada pelos geradores para a regulação da frequência do sistema e sua capacidade de partida autônoma; III - a reserva de capacidade, em MVar, disponibilizada pelos geradores, superior aos valores de referência estabelecidos para cada gerador em Procedimentos de Rede do ONS, necessária para a operação do sistema de transmissão; e IV - a operação dos geradores como compensadores síncronos, a regulação da tensão e os esquemas de corte de geração e alívio de cargas. (ANEEL. **Encargos Setoriais.**”

(Destacou-se)

O art. 53-F, § 1º do Anexo IX do RICMS/02 e o art. 1º, parágrafo único da Instrução Normativa SUTRI nº 03/09 estabelecem que, nas liquidações junto à CCEE,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para determinação de posição credora ou devedora, devem ser excluídas (da nota de liquidação ou da correspondente Pré-Fatura) somente as parcelas que não possam ser caracterizadas como parte da remuneração pela energia elétrica e uso dos sistemas de transmissão e distribuição, como as multas por inadimplemento e juros bancários, por exemplo, e parcelas que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores.

RICMS/02 - ANEXO IX

Art. 53-F - Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e "Déficits" (MCSO) do Ambiente de Comercialização Regulado, o agente de mercado emitirá nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, relativamente às diferenças apuradas:

[...]

§ 1º - Para determinação da posição credora ou devedora, excluem-se as parcelas sobre as quais não incide o imposto e as que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores. (Grifou-se)

IN SUTRI nº 03/09

Art. 1º Para determinação da posição devedora ou credora do agente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), nas liquidações no Mercado de Curto Prazo, deverá ser observado somente o perfil de consumo do mesmo.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput, **deverão ser excluídas do valor total da Nota de Liquidação as parcelas que não representam remuneração pela energia elétrica**, tais como os valores cobrados a título de multa pelo pagamento em atraso da própria liquidação financeira, juros bancários ou outras parcelas decorrentes de cláusulas legais, também resultantes do atraso na liquidação da operação, e todas as parcelas relativas ao perfil de geração do agente. (Destacou-se)

Não resta qualquer dúvida que os Encargos de Serviços do Sistema entram na composição da tarifa de energia, sendo parte integrante da base de cálculo para apuração do ICMS em relação às operações com energia elétrica.

Assim, corretamente agiu o Fisco ao considerar a rubrica "Total de Encargos Consolidados – ENCARGOS a, m (R\$)" no cálculo da posição financeira do agente, bem como na base de cálculo do ICMS devido pelo estabelecimento autuado, após o rateio das posições devedoras, de forma proporcional ao rateio de cargas (consumo proporcional de energia do estabelecimento autuado, em relação ao consumo de todos os estabelecimentos do agente).

Como já afirmado, todas as parcelas consideradas no feito fiscal para fins de apuração da posição do agente no Mercado de Curto Prazo estão indicadas no Anexo 1

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do Auto de Infração (fls. 310/313), cujos dados foram extraídos das Pré-Faturas emitidas pela CCEE.

No referido Anexo, **não** se vislumbra nenhuma rubrica que não represente remuneração pela energia elétrica, vale dizer, **não** consta qualquer valor correspondente a juros e multas decorrentes de atraso na liquidação, por exemplo.

Ressalte-se que o estabelecimento autuado tem plena ciência de todos os valores que compuseram as liquidações mensais do mercado de curto prazo de energia elétrica.

Assim, se houvesse alguma outra rubrica indicativa de valores não inerentes a parcelas remuneratórias de energia elétrica, caberia à Impugnante apontá-las objetivamente, identificando-as e discriminando-as detalhadamente, com apresentação de documentação comprobatória da origem, natureza, e valor de cada uma dessas parcelas, para que se verificasse a eventual necessidade de exclusão destas da apuração do resultado final de sua posição financeira (posições devedoras, no presente caso).

Com relação às suas posições devedoras no Mercado de Curto Prazo, caberia à Impugnante emitir as notas fiscais de entrada de energia e recolher o ICMS devido ao erais, nos termos estabelecidos no art. 53-F, inciso II, § 2º, inciso I e § 4º do Anexo IX do RICMS/02 c/c art. 2º da Instrução Normativa SUTRI nº 03/09, **o que não ocorreu no presente caso.**

RICMS/02 - Anexo XV

Efeitos de 1º/04/2008 a 31/08/2018

Art. 53-F. Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e "Déficits" (MCSD) do Ambiente de Comercialização Regulado, **o agente de mercado emitirá nota fiscal**, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, relativamente às diferenças apuradas:

[...]

II - **pela entrada de energia elétrica**, em caso de posição devedora no Mercado de Curto Prazo, ou de empresa distribuidora suprida pelo MCSD.

§ 1º Para determinação da posição credora ou devedora, excluem-se as parcelas sobre as quais não incide o imposto e as que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores.

[...]

§ 2º Relativamente às diferenças apuradas, o agente emitirá a nota fiscal até o último dia do mês em que ocorrer a emissão da nota de liquidação financeira, na entrada ou na saída, conforme o caso, que deverá conter:

Efeitos de 03/08/2007 a 16/09/2014

"I - o destaque do ICMS, quando for emitida por consumidor livre ou por autoprodutor enquadrado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

na hipótese prevista no inciso II do art. 53-E, vedado o destaque do imposto nos demais casos;"

[...]

Efeitos de 26/01/2007 a 31/08/2018

§ 3º Todas as vias das notas fiscais emitidas na forma deste artigo juntamente com as pré-faturas emitidas pela CCEE que lhes tenha dado origem deverão ser arquivadas pelos prazos previstos no § 1º do art. 96 deste Regulamento.

§ 4º Cada estabelecimento de consumidor livre ou de autoprodutor que se enquadrar na hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo é responsável pelo pagamento do imposto e deverá, ao emitir a nota fiscal relativa à entrada:

I - fazer constar, como base de cálculo da operação, o valor da liquidação financeira contabilizada pela CCEE, considerada a regra prevista § 1º deste artigo, ao qual deverá ser integrado o montante do próprio imposto;

II - para a apuração da base de cálculo, em caso de haver mais de um ponto de consumo, observar o rateio proporcional do resultado da liquidação, segundo as medições verificadas, na hipótese de a liquidação ser relativa a mais de um estabelecimento;

III - para destaque do imposto, aplicar à base de cálculo apurada na forma das alíneas anteriores a alíquota interna prevista para a operação. (Grifou-se)

Instrução Normativa SUTRI nº 03/2009

Art. 2º O consumidor livre ou autoprodutor que enquadrar-se na posição devedora, deverá **emitir nota fiscal de entrada no mesmo período de emissão da nota de liquidação**, por estabelecimento, **indicando como valor da operação o apurado em cada estabelecimento mediante rateio proporcional à carga medida no período acrescido do valor do próprio imposto...**" (Destacou-se)

Contrapondo-se ao feito fiscal, a Impugnante centra sua defesa nos seguintes tópicos, que serão analisados na ordem em que relatados:

Operações de cessão de direito sobre energia elétrica no mercado de curto prazo – inoocorrência do fato gerador do ICMS

Através de um longo arrazoado, a Impugnante sustenta que não ocorre o fato gerador do ICMS na cessão de direito sobre energia elétrica no mercado de curto prazo.

Sustenta, nesse sentido, que *“as operações financeiras acertadas no Mercado de Curto Prazo da CCEE estão fora do campo de incidência do ICMS sobre*

o serviço de fornecimento de energia elétrica”, isto porque “as operações realizadas no Mercado de Curto Prazo não têm a natureza jurídica de contratos de compra e venda de energia elétrica, mas sim de cessões de direitos entre consumidores, intermediadas pela CCEE, para a utilização de energia elétrica adquirida no mercado livre, mediante a celebração de contratos bilaterais, e cujo valor total já sofreu a tributação pelo ICMS no momento em que o fornecedor disponibilizou a referida energia no Mercado de Curto Prazo, o que permite inclusive concluir que nova tributação dessas sobras implicaria indevido bis in idem”.

No entanto, este E. Conselho já decidiu que as operações no Mercado de Curto Prazo da CCEE também são tributadas pelo ICMS, uma vez que a cessão de direitos ocorre concomitantemente com a transferência de titularidade da energia elétrica, podendo ser citado, a título de exemplo, o Acórdão nº 19.655/12/2ª, que **afastou a mesma arguição** de que essas operações não estariam sujeitas à incidência do ICMS, *in verbis*:

Acórdão nº 19.655/12/2ª

RELATÓRIO:

“DA AUTUAÇÃO

VERSA O PRESENTE LANÇAMENTO ACERCA DAS SEGUINTE IMPUTAÇÕES FISCAIS RELATIVAS AO PERÍODO DE 1º DE JANEIRO DE 2005 A 31 DE DEZEMBRO DE 2008:

- DEIXAR DE EMITIR AS NOTAS FISCAIS DE SAÍDA DE ENERGIA ELÉTRICA NAS OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA –CCEE, CONFORME DEMONSTRATIVOS DE LIQUIDAÇÃO (ANEXO I – FLS. 11/12);
- DEIXAR DE ESTORNAR OS CRÉDITOS DE ICMS, NO MONTANTE DE R\$ 7.320.268,51, APROPRIADOS EM FUNÇÃO DA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS UTILIZADOS NO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO, TENDO EM VISTA EFETUAR SAÍDAS DE ENERGIA ELÉTRICA NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CCEE, SEM TRIBUTAÇÃO PELO ICMS (ANEXO II – FLS. 13/14). FOI FEITA A RECOMPOSIÇÃO DA CONTA GRÁFICA, COM O ESTORNO PROPORCIONAL DO CRÉDITO ÀS SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS;
- DEIXAR DE EMITIR AS NOTAS FISCAIS DE ENTRADA CORRESPONDENTES ÀS OPERAÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA REALIZADAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CCEE, (ANEXO III – FL. 15);
- DEIXAR DE RECOLHER O ICMS DEVIDO NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA REALIZADAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CCEE.

[...]

DA IMPUGNAÇÃO

INCONFORMADA, A AUTUADA APRESENTA, TEMPESTIVAMENTE POR PROCURADOR REGULAMENTE CONSTITUÍDO, A

IMPUGNAÇÃO DE FLS. 167/213, EM RESUMO, AOS SEGUINTE ARGUMENTOS:

[...]

- ALÉM DO ICMS JÁ SUPOSTO REFERENTE À PARCELA DE ENERGIA ELÉTRICA NÃO CONSUMIDA SE REVELAR INDEVIDO, UMA VEZ QUE TAL TRIBUTO SÓ INCIDE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA, MOSTRA-SE INDEVIDO, OUTROSSIM, O PAGAMENTO DA ALUDIDA EXAÇÃO, TAMBÉM PELO FATO DE QUE A **LIQUIDAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA NÃO CONSUMIDA SE TRADUZ EM CESSÃO DE DIREITO**, E NÃO VENDA, NÃO SENDO PASSÍVEL DA INCIDÊNCIA DO ICMS;

- POR ESTAR ENQUADRADA NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDORA LIVRE, ESTÁ IMPOSSIBILITADA DE VENDER ENERGIA A TERCEIROS, CONFORME DISPÕE A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA E, ASSIM, **A PARTE DA ENERGIA NÃO UTILIZADA É LIQUIDADA, NO ÂMBITO DA CCEE, EM CARÁTER DE CESSÃO DE DIREITO, SOBRE A QUAL NÃO INCIDE ICMS, DE MODO QUE NÃO SE TRATA DE VENDA;**

[...]

DECISÃO:

COMO SE VÊ, A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA CITADA ESTABELECEU DE FORMA CLARA E DISTINTA AS OBRIGAÇÕES A SEREM OBSERVADAS PELOS AGENTES EM RELAÇÃO ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS NO ÂMBITO DA CCEE ACOBERTADAS POR CONTRATOS BILATERAIS (CCEAL), DAQUELAS OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO, DECORRENTES DAS EXPOSIÇÕES (CREDORA OU DEVEDORA), PELO EXCESSO OU PELA FALTA DE LASTRO CONTRATUAL, PORTANTO, SUJEITAS AO PREÇO DE LIQUIDAÇÃO DAS DIFERENÇAS (PLD).

E SÃO EXATAMENTE ESSAS OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO QUE SE CONSTITUEM O OBJETO DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. A IMPUGNANTE ALEGA QUE TODA A ENERGIA ELÉTRICA COMERCIALIZADA NO ÂMBITO DA CCEE SE DÁ ATRAVÉS DA FORMALIZAÇÃO DE CONTRATOS BILATERAIS, COM O ICMS SENDO RECOLHIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PELOS COMERCIALIZADORES/FORNECEDORES DE ENERGIA ELÉTRICA, E QUE, PORTANTO, TODA ENERGIA ADQUIRIDA POR ELA NO ÂMBITO DA CCEE JÁ TERIA SIDO DEVIDAMENTE TRIBUTADA.

AO CONTRÁRIO DO QUE ALEGA A IMPUGNANTE, NEM TODA A ENERGIA ELÉTRICA COMERCIALIZADA NO ÂMBITO DA CCEE ESTARÁ ACOBERTADA POR CONTRATOS BILATERAIS (CCEAL), CELEBRADOS ENTRE OS AGENTES.

ESSA FALTA DE COBERTURA CONTRATUAL É, INCLUSIVE, UMA DAS RAZÕES DA EXISTÊNCIA DO PRÓPRIO MERCADO DE CURTO PRAZO DA CCEE, IDEALIZADO PARA FAZER A CONTABILIZAÇÃO E A LIQUIDAÇÃO DAS DIFERENÇAS ENTRE AS QUANTIDADES DE

ENERGIA CONTRATADAS E AS QUANTIDADES DE ENERGIA CONSUMIDA PARA CADA CONSUMIDOR LIVRE.

VALE LEMBRAR QUE, QUANDO NA CONDIÇÃO DE DEFICITÁRIA (POSIÇÃO DEVEDORA), O CONSUMIDOR LIVRE PAGA À CCEE PELA ENERGIA DISPONIBILIZADA POR OUTROS AGENTES E POR ELE CONSUMIDA, VALORES QUE A CCEE CONTABILIZA E REPASSA A QUEM TINHA SOBRES. QUANDO NA CONDIÇÃO DE SUPERAVITÁRIA (POSIÇÃO CREDORA), ELE RECEBE DA CCEE PELA ENERGIA QUE FOI DISPONIBILIZADA POR ELE, PARA CONSUMO DE OUTROS AGENTES.

EM OUTRAS PALAVRAS, CADA AGENTE PODE TER UM SALDO POSITIVO (CONSUMO SUPERIOR AO CONTRATADO) OU NEGATIVO (CONSUMO INFERIOR AO CONTRATADO).

NO CASO ESPECÍFICO O QUE SE TENTA NEGAR OU DESQUALIFICAR NAS OPERAÇÕES TRANSACIONADAS NA CCEE É JUSTAMENTE A TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL MEDIANTE NEGÓCIO JURÍDICO DE VENDA MERCANTIL.

CONTUDO, NA DEFINIÇÃO E LIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA A ENERGIA ELÉTRICA É EQUIPARADA À MERCADORIA E INSERIDA NO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO ICMS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PELA LEI COMPLEMENTAR N.º 87/96 E PELA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75.

O ICMS, INCIDENTE SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, É UM IMPOSTO QUE TEM COMO FIM A TRIBUTAÇÃO DA CIRCULAÇÃO DE COISAS OU BENS MÓVEIS, CARACTERIZADOS COMO “MERCADORIA”, SENDO A CIRCULAÇÃO UMA OPERAÇÃO JURÍDICA DE TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE, E MERCADORIA OBJETO DE VALOR ECONÔMICO SUSCETÍVEL DA PRÁTICA DE MERCANCIA.

A CESSÃO CORRESPONDE AO CONTRATO, A TÍTULO ONEROSO, OU GRATUITO, EM QUE O TITULAR DE CRÉDITOS OU DE DIREITOS OU DE BENS TRANSFERE ESSES CRÉDITOS OU DIREITOS OU BENS QUE LHE PERTENCEM. ASSIM, A CESSÃO É PERFEITA ALTERAÇÃO OU TRANSMISSÃO ENTRE VIVOS. **NO CASO DO LANÇAMENTO EM DEBATE A CESSÃO CORRESPONDEU A UMA TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DE MERCADORIA (ENERGIA ELÉTRICA) CONTIDA NO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO ICMS...** (DESTACOU-SE)

O Acórdão nº 16.981/06/2ª, embora seja anterior à legislação atualmente vigente (fatos ocorridos à época do MAE e do denominado “apagão”), também defende o mesmo entendimento de que a cessão de direitos ocorre concomitantemente com a transferência de titularidade da energia elétrica, que se encontra no campo de incidência do ICMS, *in verbis*:

ACÓRDÃO Nº 16.981/06/2ª

“A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE ACUSAÇÃO DE VENDAS DE ENERGIA ELÉTRICA, SOB FORMA DE TRANSFERÊNCIA DE EXCEDENTE DE REDUÇÃO DE METAS, NO EXERCÍCIO DE 2001, SEM EMISSÃO DE

NOTA FISCAL DE SAÍDA E SEM PAGAMENTO DO ICMS INCIDENTE, ALICERÇADA NA EXISTÊNCIA DE "DOCUMENTOS PARA TRANSAÇÃO BILATERAL ENTRE EMPRESAS DO GRUPO A" (FLS. 24/60, 65/165, 168/215 E 217/229).

[...]

VALE ACRESCENTAR QUE MESMO VENDENDO ENERGIA ELÉTRICA PARA CONSUMIDORES NOUTROS ESTADOS, O QUE SE DÁ COM NÃO-INCIDÊNCIA, DEIXOU DE ESTORNAR O ICMS CREDITADO PELA AQUISIÇÃO.

QUER A AUTUADA QUE O OBJETO DA VENDA/TRANSFERÊNCIA NÃO TENHA SIDO ENERGIA ELÉTRICA, MAS O DIREITO DE CONSUMI-LA. O DIREITO AO CONSUMO, VEZ QUE A META ERA ESPECÍFICA PARA CADA CONSUMIDOR, OBVIAMENTE NÃO SE CONFUNDE COM A "COISA MÓVEL" A SER CONSUMIDA, A ENERGIA ELÉTRICA. O DIREITO SE ADQUIRE COM A FIXAÇÃO DA META. SE PARCELA QUANTIFICADA DE ENERGIA QUE PODERIA SER CONSUMIDA NÃO O FORA, TEM O DETENTOR (DESSE DIREITO DE CONSUMI-LA) A FACULDADE DE TRANSFERI-LO (DIREITO) A TERCEIRO. AO FAZÊ-LO, ENTRETANTO, O CEDENTE (DO DIREITO AO CONSUMO), CONCOMITANTEMENTE, VENDE A QUANTIDADE DE KWH RESIDUAL (QUE PODERIA TER CONSUMIDO E NÃO O FIZERA) A OUTREM. PODER-SE-IA PENSAR A EXISTÊNCIA DE DOIS DIREITOS: (1) O DIREITO VIRTUAL DE CONSUMIR "X" KWH DE ENERGIA (META ESTABELECIDADA), ADQUIRIDO EM VIRTUDE DA MÉDIA TRIMESTRAL DE CONSUMO AJUSTADA À REDUÇÃO IMPOSTA PELO GOVERNO (GERALMENTE A 80%) E (2) O DIREITO REAL DE CONSUMO DECORRENTE DA AQUISIÇÃO DA MESMA QUANTIDADE, CUJA PARCELA NÃO CONSUMIDA PODERIA SER ALIENADA. AQUI, SIM, OCORRENDO A VENDA (ALIENAÇÃO) DA QUANTIDADE NÃO CONSUMIDA, TEM-SE CARACTERIZADA A OPERAÇÃO MERCANTIL SUJEITA AO ICMS. ISSO FOI O QUE OCORREU, TANTO QUE OS CONTRATOS DE TRANSAÇÃO BILATERAL DETERMINAVAM ÀS ADQUIRENTES QUE CREDITASSEM PARA A CEMIG O VALOR DA COMPRA PARA QUITAÇÃO DE DÉBITOS DA RIMA (AUTUADA) E NÃO PRÓPRIOS. OPERACIONALMENTE, COM A VENDA DA PARCELA NÃO CONSUMIDA (ALIENAÇÃO DO DIREITO REAL), TRANSFERIA-SE SIMULTANEAMENTE O DIREITO VIRTUAL ..." (DESTACOU-SE)

Embora seja um exemplo extremo, admitindo-se, apenas por hipótese, que determinado contribuinte não firmasse qualquer contrato bilateral para aquisição de energia elétrica, valendo-se, única e exclusivamente, do Mercado de Curto Prazo para suprir o seu déficit de energia (déficit integral, no exemplo em apreço), a tese defendida quanto à não incidência do ICMS nas operações no âmbito da CCEE equivaleria a uma aquisição de energia elétrica sem recolhimento de nenhum valor do tributo para o estado onde ocorresse o consumo da energia (Minas Gerais, no presente caso).

De forma similar, se o contribuinte tem contratos bilaterais de aquisição de energia elétrica, mas a quantidade de energia elétrica previamente adquirida é

insuficiente para cobrir o seu consumo, sobre o seu déficit, liquidado pela CCEE, incluídas as demais parcelas remuneratórias de energia (encargos do sistema, por exemplo), deve incidir o ICMS, por se tratar de uma aquisição adicional de energia.

Não há que se falar, também, em *bis in idem*, pois o ICMS incide sobre a entrada, neste estado, da **energia excedente** à adquirida mediante contratos bilaterais, isto é, não se está a tributar as quantidades contratadas, mas apenas a energia que excede as quantidades inerentes aos contratos bilaterais.

Além disso, nos contratos firmados com as geradoras de energia, no preço da energia elétrica não estão incluídas todas as parcelas remuneratórias da energia, especialmente os encargos do sistema, que somente serão consideradas no momento da liquidação efetivada pela CCEE.

Deve ser rejeitada, portanto, a tese da Impugnante quanto à não incidência do ICMS sobre as operações de aquisições de energia elétrica (déficits de energia) no Mercado de Curto Prazo da CCEE.

Inexigibilidade do ICMS sobre Valores que não Remuneram a Aquisição de Energia Elétrica⁶

A Impugnante alega que a base de cálculo adotada pelo Fisco para apuração dos valores por ele exigidos está equivocada.

Sustenta que a base de cálculo deve estar em sintonia com a hipótese de incidência em abstrato, cujos contornos intransponíveis são traçados pela CF/88, bem como pelas normas acerca da base de cálculo do ICMS previstas na Lei Complementar nº 87/96, isto é, a única interpretação possível é que “o valor da operação de que decorrer a entrada” é a medida efetivamente consumida de energia elétrica, nenhum outro valor.

Transcreve o disposto no art. 53-F do Anexo IX do RICMS/02 e afirma que a Instrução Normativa SUTRI nº 03/09, vigente à época dos fatos geradores, que normatizou o referido dispositivo legal, determinava a exclusão de todos os valores que não constituam preço da energia elétrica da base de cálculo do imposto em questão, bem como as parcelas relativas ao perfil de geração do agente.

Acrescenta que, na exposição de motivos da IN nº 03/09, consta a expressão “*parcelas remuneratórias de energia elétrica*”, ou seja, tal disposição apenas explicita qual deve ser a base de cálculo do ICMS, porque dispõe que a base de cálculo deverá ser o preço da operação da aquisição de energia elétrica, sem incluir outros valores faturados pela CCEE que não digam respeito à aquisição propriamente dita, bem como sem incluir as parcelas relativas ao perfil de geração do agente.

Salienta que, mediante análise dos valores levantados pelo Fisco, verifica-se que parcelas que dizem respeito ao seu perfil de geração foram mantidas na apuração da base de cálculo do ICMS exigido.

⁶ Tópico com argumentos anteriores à segunda retificação do crédito tributário (fls. 264/272), onde ocorreu a exclusão das parcelas inerentes ao perfil VMZ 10.

Destaca que nos demonstrativos relativos à primeira retificação do crédito tributário foi mantida a cobrança do ICMS sobre o perfil VMZ10, que é integralmente gerador, o que poderia ser verificado exemplificativamente no relatório da CCEE de janeiro de 2013, cujos dados foram por ela reproduzidos à fl. 271.

Após analisar os referidos dados, a Impugnante relata as seguintes ocorrências:

- o perfil VMZ10 tem valor “zero” na linha “Consumo da Geração – TGGC (MWh)”, o que demonstra que não há consumo neste perfil;

- as linhas “Contratação Líquida – PCL (MWh)” e “Contratos de Venda Total” tem o mesmo resultado (31.523,301), o que também confirma que este perfil vende toda a sua produção de energia elétrica, o que demonstra que é um gerador, e não um consumidor;

- comprovando essa alegação, a linha “Contratos de Compra Total (MWh)” não indica uma única compra de energia elétrica.

Conclui, nesses termos, *“todas as linhas do perfil VMZ10 devem ser excluídas da base de cálculo do ICMS”,* devendo ser afastada *“a cobrança de ICMS sobre todas as parcelas que não representem operações com energia, tais como inadimplência e as parcelas relativas ao perfil de geração do agente”.*

Como já afirmado, de acordo com informação contida no sítio eletrônico da própria CCEE *“a contabilização envolve o cálculo da diferença entre a energia medida e a contratada por agente, valorada ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD) para efeito de liquidação financeira na CCEE. Esta etapa é realizada com base nas Regras de Comercialização, levando em conta as exposições no mercado de curto prazo, o recebimento/pagamento de Encargos de Serviço de Sistema (ESS), o Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) e a consolidação dos resultados financeiros a serem liquidados, incluindo eventuais ajustes financeiros.”*

O art. 53-F, § 1º do Anexo IX do RICMS/02 e o art. 1º, parágrafo único da Instrução Normativa SUTRI nº 03, de 4 de maio de 2009, já reproduzidos anteriormente, estabelecem que, nas liquidações junto à CCEE, para determinação de posição credora ou devedora, devem ser excluídas (da nota de liquidação ou da correspondente Pré-Fatura) somente as parcelas que não possam ser caracterizadas como parte da remuneração pela energia elétrica e uso dos sistemas de transmissão e distribuição, como as multas por inadimplemento e juros bancários, por exemplo, e parcelas que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores.

Não resta qualquer dúvida que os Encargos de Serviços do Sistema entram na composição da tarifa de energia, sendo parte integrante da base de cálculo para apuração do ICMS em relação às operações com energia elétrica.

Assim, corretamente agiu o Fisco ao considerar a rubrica “Total de Encargos Consolidados – ENCARGOS a, m (R\$)” no cálculo da posição financeira do agente, bem como na base de cálculo do ICMS devido pelo estabelecimento autuado, após o rateio das posições devedoras, de forma proporcional ao rateio de cargas

(consumo proporcional de energia do estabelecimento autuado, em relação ao consumo de todos os estabelecimentos do agente).

Também já foi afirmado que todas as parcelas consideradas no feito fiscal, **após a segunda retificação do crédito tributário**, para fins de apuração da posição do agente no Mercado de Curto Prazo estão indicadas no Anexo 1 do Auto de Infração (fls. 310/313), cujos dados foram extraídos das Pré-Faturas emitidas pela CCEE.

No referido Anexo, **não** se vislumbra nenhuma rubrica que não represente remuneração pela energia elétrica, vale dizer, **não** consta qualquer valor correspondente a juros e multas decorrentes de atraso na liquidação, por exemplo.

Conforme já ressaltado, o estabelecimento autuado tem plena ciência de todos os valores que compuseram as liquidações mensais do mercado de curto prazo de energia elétrica.

Assim, se houvesse alguma outra rubrica indicativa de valores não inerentes a parcelas remuneratórias de energia elétrica, caberia à Impugnante apontá-las objetivamente, identificando-as e discriminando-as detalhadamente, com apresentação de documentação comprobatória da origem, natureza, e valor de cada uma dessas parcelas, para que se verificasse a eventual necessidade de exclusão destas da apuração do resultado final de sua posição financeira (posições devedoras, no presente caso).

Por outro lado, já foi esclarecido no tópico relativo às preliminares que o Fisco, na segunda retificação do crédito tributário por ele promovida, excluiu em todos os meses objeto da autuação, com fulcro no parágrafo único do art. 1º da IN nº 03/09, as parcelas vinculadas ao perfil “VMZ 10”, por constatar que se tratava de perfil de geração do agente, pois, para apuração das posições devedoras ou credoras no Mercado de Curto Prazo da CCEE, devem ser consideradas apenas as parcelas relativas ao perfil de consumo.

Manutenção de Erro na Apuração da Base de Cálculo em Decorrência da Postergação da Contabilização e Liquidação dos Valores Devidos pelos Agentes do Mercado de Curto Prazo de Energia Elétrica da CCEE

A Impugnante relata que o Fisco, em sua manifestação de fls. 308/309, “*aduz que o relatório referente a março de 2013, traz o resultado da contabilização de fevereiro de 2013 e, por tal razão, além da exclusão do perfil de geração, foi excluído também o ajuste referente à contabilização de fevereiro de 2013, no mês de março de 2013*” (vide manifestação fiscal abaixo):

“... Esclarece ainda que a CCEE suspendeu a contabilização de abril de 2013, o que teria impactado a contabilização do mês de maio e que, por isso, deveriam ser excluídas as cobranças de ICMS nos meses de fevereiro e maio de 2013.

Pois bem, da análise dos relatórios SUM001 enviados pelo contribuinte em resposta à intimação do Fisco (fls. 32 a 71), percebe-se que no relatório referente a março de 2013 (fl. 44) consta, como ajuste, o resultado da Contabilização de fevereiro de 2013. Desta forma,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no mês de março de 2013, além da exclusão do perfil de geração, excluimos também o ajuste referente à contabilização de fevereiro de 2013.

De igual forma, no relatório SUM001 referente ao mês de junho de 2013, consta, como ajuste, o Resultado Financeiro de maio de 2013. Procedemos à exclusão deste valor e à retificação do Anexo 1 ao Auto de Infração, considerando o disposto no parágrafo único do artigo 1º da Instrução Normativa Sutri 03/09.

Assim, prossegue a Impugnante, segundo o Fisco, para o mês de março de 2013, houve redução do valor a liquidar pelo perfil do agente entre a primeira e a segunda retificação do crédito tributário.

Salienta, contudo, que apesar do racional da Fiscalização estar correto em relação ao fato de que houve suspensão da contabilização que afetou os meses de fevereiro e maio de 2013, a Fiscalização procedeu as referidas exclusões no mês errado, tanto que, nos meses de fevereiro e maio de 2013 não tiveram alteração.

LEVANTAMENTO DAS POSIÇÕES DEVEDORAS - RETIFICAÇÃO Nº 01 - FLS. 225/228

PERÍODO	TOTAL MENSAL DO RESULTADO NO MERCADO DE CURTO PRAZO - (R\$)	TOTAL DE AJUSTES DE EXPOSIÇÕES FINANCEIRAS (R\$)	TOTAL DE ENCARGOS CONSOLIDADOS (R\$)	AJUSTE DECORRENTE DE RECONTABIL. (R\$)	RESULTADO PRELIMINAR (R\$)	AJUSTES	VALOR A LIQUIDAR PELO PERFIL DE AGENTE (R\$)
fev-13	338.204,79		-1.486.308,36	1.424,73	-1.146.678,84	-19.508,39	-1.166.187,23
mai-13	97.846,29		-458.651,23	18.776,14	-342.028,80	-122.605,02	-464.633,82

LEVANTAMENTO DAS POSIÇÕES DEVEDORAS - RETIFICAÇÃO Nº 02 - FLS. 310/313

PERÍODO	TOTAL MENSAL DO RESULTADO NO MERCADO DE CURTO PRAZO - (R\$)	TOTAL DE AJUSTES DE EXPOSIÇÕES FINANCEIRAS (R\$)	TOTAL DE ENCARGOS CONSOLIDADOS (R\$)	AJUSTE DECORRENTE DE RECONTABIL. (R\$)	RESULTADO PRELIMINAR (R\$)	AJUSTES	VALOR A LIQUIDAR PELO PERFIL DE AGENTE (R\$)
fev-13	290.105,33		-1.486.308,36	-2.522,67	-1.198.725,70	-19.552,03	-1.218.277,73
mai-13	97.311,14		-458.651,23	14.842,70	-346.497,39	-122.605,02	-469.102,41

A seu ver, para os meses de fevereiro e maio de 2013, somente houve a exclusão do perfil VMZ10, contudo, não houve a correta imputação do Resultado da Contabilização para os meses de fevereiro e maio de 2013, apuradas, respectivamente, nos relatórios da CCEE de abril e junho de 2013, uma vez que a própria Fiscalização imputou tais valores nos meses em que foram emitidos os respectivos relatórios.

No seu entender, apesar do ajuste do resultado da contabilização de fevereiro de 2013 ter ocorrido em março de 2013, e do ajuste do resultado da contabilização de maio de 2013, ter ocorrido em junho de 2013, isso não significa que as exclusões dos ajustes devem ser feitas nestes meses, mas sim, nos próprios meses de fevereiro e maio de 2013, o que não foi efetuado pela Fiscalização.

Insiste que o Fisco apurou para fevereiro de 2013 uma suposta base de cálculo da ordem de R\$ 761.150,49, que não teria sido tributada, bem como em maio de 2013 valor de R\$ 314.307,78, que também não teriam sido oferecidos à tributação pelo ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Salienta, novamente, que em fevereiro de 2013 houve um atraso na contabilização dos valores devidos pelos agentes do Mercado de Curto Prazo pela CCEE, que só veio a apresentar a contabilização aos agentes de mercado, dentre os quais ela própria, em abril de 2013.

CCEE divulga novas datas de contabilização e liquidação financeira do mercado de curto prazo

“Operações de fevereiro e março serão liquidadas simultaneamente para compensar atraso no calendário anual

São Paulo, 10 de abril de 2013 - A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE divulgou aos agentes nesta quarta-feira (10/4) as novas datas para contabilização, aporte de garantias e liquidações financeiras das operações do mercado de curto prazo.

O cronograma foi aprovado pela diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel na última terça-feira, 9/4. A contabilização das operações de fevereiro será realizada em 12 de abril, enquanto a de março será concluída no dia 29/4 (**veja cronograma abaixo**).

Já as liquidações financeiras de fevereiro e março serão unificadas, com débito programado para 7 de maio e crédito no dia 8. O objetivo da liquidação simultânea dos dois meses é compensar o atraso causado no calendário da CCEE, em decorrência da suspensão temporária da liquidação de janeiro.”

Ocorre que, segundo a Impugnante, esta postergação não significa que deixou de tributar o seu saldo devedor pelo ICMS, uma vez que a postergação de uma competência é refletida na subsequente como uma linha de ajuste, de forma que a contabilização de fevereiro de 2013 foi um dos fatores da contabilização de maio de 2013, como conta de ajuste.

O mesmo ocorreu em maio de 2013, cuja contabilização foi postergada pela CCEE para junho de 2013 em razão de uma série de decisões judiciais que impactaram no cálculo da contabilização e, conseqüentemente, da liquidação dos valores devidos pelos agentes. Nesta competência a CCEE chegou a divulgar um comunicado formal por meio de seu sítio na internet:

“CO - Ajustes relativos às ações judiciais do relatório SUM001 Sumário – abr/13

05/06/2013 - 18:11

Informamos que oito decisões judiciais – detalhadas abaixo - resultaram em ajustes na contabilização dos resultados das operações relativas ao Mercado de Curto Prazo - MCP referentes ao mês de abril de 2013 (contabilização efetuada em maio de 2013 e liquidação

financeira realizada em junho de 2013). Os ajustes estão indicados no relatório SUM001 Sumário.

Além desses ajustes, outros foram efetuados pela CCEE na contabilização de abril de 2013, os quais têm natureza bilateral e constam somente dos relatórios dos respectivos agentes impactados.”

Sustenta, dessa forma, que o Fisco continua errando quanto indica que o contribuinte deixou de incluir determinados valores na base de cálculo do ICMS na competência de maio de 2013, posto que esta competência fora afetada pela contabilização do resultado de abril de 2013, cuja liquidação ocorreu em junho de 2013.

Conclui, nesses termos, que, na hipótese de ser mantida a cobrança do ICMS, também devem ser corrigidas as bases de cálculo do ICMS em fevereiro e maio de 2013, uma vez que a liquidação financeira destes meses inclui a cobrança de energia elétrica de outras competências e não as competências de março e junho de 2013, conforme procedido pelo Fisco.

Muito embora os argumentos da Impugnante sejam um tanto quanto extensos, o cerne da questão, de acordo com a legislação que rege a matéria, é basicamente simples.

Nesse sentido, há que se destacar, inicialmente, que, para cada mês de competência, há a respectiva contabilização, pela CCEE, das operações do Mercado de Curto Prazo com energia elétrica. De acordo com o resultado da contabilização, o contribuinte deve cumprir as suas obrigações principal e acessórias em relação a cada um desses meses de apuração, observada a sua posição financeira (devedora ou credora).

Por outro lado, nos termos do disposto no art. 53-F, § 1º do Anexo IX do RICMS/02 (e IN nº 03/09), para a apuração das posições credoras ou devedoras do estabelecimento, observado o rateio proporcional à carga de cada ponto de consumo, como é o caso dos autos, devem ser excluídas as parcelas sobre as quais não incide o imposto e aquelas que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores.

Efeitos de 01/04/08 a 31/08/18

Art. 53-F. Nas liquidações no Mercado de Curto Prazo da CCEE e nas apurações e liquidações do Mecanismo de Compensação de Sobras e “Déficits” (MCSD) do Ambiente de Comercialização Regulado, o agente de mercado emitirá nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, relativamente às diferenças apuradas:”

[...]

§ 1º Para determinação da posição credora ou devedora, **excluem-se as parcelas sobre as quais não incide o imposto e as que já tenham sido tributadas em liquidações anteriores.**”

(Destacou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso dos autos, foi verificado que, no mês de março de 2013, foi lançado como ajuste o valor de R\$ 1.040.438,86 (valor negativo), que se referia ao resultado de contabilização do mês de fevereiro de 2013 (fl. 44).

Da mesma forma, no mês de junho de 2013, verificou-se que constava inserido nos ajustes do referido período o valor de R\$ 528.233,23 (valor negativo), inerente ao resultado de contabilização do mês de maio de 2013 (fl. 58).

Como bem salienta o Fisco, de acordo com os comunicados da CCEE apresentados pela Impugnante (fls. 351/352), já reproduzidos acima, por problemas enfrentados pela CCEE, ocorreu no resultado da contabilização do mês de fevereiro de 2013 (incluído no mês de março de 2013). No comunicado acostado à fl. 352, consta apenas a informação de que decisões judiciais resultaram em ajustes na contabilização do resultado do mês de abril de 2013, que foi liquidado em junho de 2013.

Dessa forma, o Fisco excluiu os ajustes supracitados, ocorridos nos meses de março e junho de 2013, **evitando-se, assim, que as posições financeiras desses meses ficassem afetadas por contabilizações que não lhes eram pertinentes**, uma vez que referentes aos meses de fevereiro e maio do mesmo exercício.

No momento da **formalização original do crédito tributário**, as posições financeiras relativas aos meses de competência de fevereiro e maio de 2013 foram normalmente apuradas, uma vez que nesses meses ocorreram operações com energia elétrica no Mercado de Curto Prazo da CCEE, conforme demonstrado no quadro abaixo, **anterior às retificações do crédito tributário efetuadas pelo Fisco**.

LEVANTAMENTO ORIGINAL DAS POSIÇÕES DEVEDORAS

PERÍODO	COMPENSAÇÃO DO MRE (R\$)	TOTAL MENSAL DO RESULTADO NO MERCADO DE CURTO PRAZO - (R\$)	TOTAL DE AJUSTES DE EXPOSIÇÕES FINANCEIRAS (R\$)	TOTAL DE ENCARGOS CONSOLIDADOS (R\$)	AJUSTE DECORRENTE DE RECONTABIL. (R\$)	RESULTADO PRELIMINAR (R\$)	AJUSTES	VALOR A LIQUIDAR PELO PERFIL DE AGENTE (R\$)
fev-13	125.748,37	338.204,79		-1.486.308,36	1.424,73	-1.020.930,47	-19.508,39	-1.040.438,86
mai-13	-63.599,41	97.846,29		-458.651,23	18.776,14	-405.628,21	-122.605,02	-528.233,23

Após as retificações supracitadas, essas posições sofreram modificações em seus valores, conforme demonstrado às fls. 225/228 e 310/313, retificações estas que já foram analisadas e explicadas em tópicos anteriores.

Por fim, resta acrescentar que, conforme demonstrado no DCMM acostado à fl. 392, o vencimento do ICMS e da respectiva multa de revalidação, relativos a todos os meses objeto da autuação, foi estabelecido como sendo o último dia do segundo mês subsequente aos períodos de competência, de acordo com o cronograma de liquidação das contabilizações previsto pela CCEE (fl. 75).

Assim, para os meses de fevereiro e maio de 2013, as datas de vencimento das obrigações foram estabelecidas com sendo 30/04/13 e 31/07/13, respectivamente (fl. 316).

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, à unanimidade, em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

julgar parcialmente procedente o lançamento, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 310/316, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Guilherme Cezaroti e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor), Ivana Maria de Almeida e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 27 de novembro de 2019.

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Relator**

CC/MG

GJ/D